

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 64 DE MADRID

C/ María de Molina, 42 , Planta 1 - 28006

Tfno: 914930848

Fax: 914930850

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0039150

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 234/2016 (resto) N

Materia: Contratos en general

Demandante: D./Dña. _____

PROCURADOR D./Dña. _____

Demandado: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

PROCURADOR D./Dña. _____

SENTENCIA 321/2018

En Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil dieciocho

Vistos por mí, Gladys López Manzanares, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia 64 de Madrid, los autos de Juicio Ordinario registrados con el número 234/2016 promovidos por _____, representados por la Procuradora _____ y asistidos por el Letrado _____ frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A., representado por la Procuradora _____ Sallent y asistido por el Letrado _____, sobre nulidad de contrato.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la Procuradora Sra. _____, en representación del Sr. _____ y de la Sra. _____, se presentó demanda de juicio ordinario frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. (en lo sucesivo BANCO POPULAR) solicitando se declare la nulidad, subsidiariamente anulabilidad, del contrato de suscripción de bonos necesariamente canjeables y su conversión obligatoria en bonos subordinados obligatoriamente convertibles, debiendo la entidad reintegrar las cantidades invertidas y los intereses, devolviendo los demandantes los títulos y los rendimientos percibidos e intereses, con imposición de costas a la demandada. Asimismo, con carácter subsidiario se ejercitaban las acciones de resolución contractual y, subsidiariamente, se solicita la condena al pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a BANCO POPULAR que contestó oponiéndose a la reclamación efectuada de contrario.

TERCERO: Al acto de la audiencia previa comparecieron las partes, siendo imposible alcanzar un acuerdo sobre el objeto del procedimiento. Ratificados sus escritos y fijados los hechos controvertidos, la actora propuso como medios de prueba que fueron admitidos la documental unida a su escrito y la testifical del Sr. Romero Herrero que como

empleado de la demandada intervino en la contratación. La entidad demandada propuso la documental unida a su contestación y la y la testifical del Sr.] y de la Sra.

Practicadas las pruebas el día de la vista, las partes expusieron sus conclusiones y quedaron los autos preparados para el dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

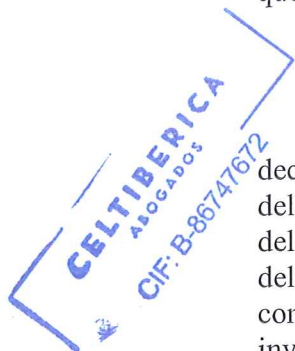
PRIMERO.- Por y se solicita se declare la nulidad, subsidiariamente anulabilidad vicio del consentimiento prestado por error del contrato de suscripción de bonos subordinados necesariamente canjeables en acciones del BANCO POPULAR de 15 de octubre de 2009 así como todas las operaciones derivadas del mismo, en concreto, su conversión o canje en bonos subordinados obligatoriamente convertibles de 7 de mayo de 2012, procediendo la restitución por la entidad del importe invertido de 50.000 euros, más intereses y minorado en los rendimientos percibidos por la actora, devolviendo la parte demandante las acciones recibidas. Subsidiariamente, se ejercita acción para que se declare resuelto el contrato por incumplimiento de las obligaciones de la entidad. Por último, se solicita una indemnización por los daños y perjuicios causados a los demandantes por la negligencia en el cumplimiento de los deberes de la entidad.

Se alega como fundamento de dichas pretensiones la falta de información por parte de la entidad de la verdadera naturaleza del producto y de la posibilidad de pérdida del nominal invertido, no habiéndose advertido a los clientes de los riesgos asociados a la inversión. Se añade el incumplimiento por parte de la entidad de las obligaciones teniendo en cuenta además las normas reguladoras de un producto complejo como el que nos ocupa. La demandada no tuvo en cuenta el perfil conservador de los clientes y no valoró el mismo a los efectos de ofrecerles el producto que no se adaptaba a sus circunstancias personales, careciendo de cultura financiera y de experiencia inversora.

BANCO POPULAR se opone a las pretensiones del demandante, alegando en primer lugar la caducidad de la acción de anulabilidad. Se niega la concurrencia de los requisitos necesarios para encontrarnos ante la nulidad del contrato, contando los clientes con la información necesaria sobre la naturaleza del producto y sus riesgos. Se añade que el perfil de los clientes era el adecuado, realizándose con resultado positivo el test de conveniencia y sin que la entidad prestara un servicio de asesoramiento, adquiriendo voluntariamente los bonos. Se alude a la teoría de los actos propios al haber percibido los rendimientos del producto sin reclamación alguna durante años.

SEGUNDO.- Se alega por BANCO POPULAR la **caducidad** de la acción al haber transcurrido el plazo de cuatro años para su ejercicio previsto en el artículo 1301 del Código Civil a contar desde la fecha de suscripción de los bonos el 15 de octubre de 2009.

El artículo citado se refiere al error y al inicio del cómputo del plazo desde la consumación del contrato. Respecto del momento de la “consumación”, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que ha ido precisando su significado. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11-6-2003 se hace referencia a diversas sentencias anteriores en las que se planteó dicha cuestión. En especial la STS de 27-3-1989 que establece: “*En el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las*



prestaciones de ambas partes". También la no por antigua menos válida STS de 24-6-1897: "El término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo". El objeto del contrato de suscripción de bonos convertibles en acciones sólo se satisfacía de manera plena en el momento de la conversión en acciones, ya fuese en alguno de los periodos previstos de canje voluntario, ya fuese llegada la fecha del vencimiento. En nuestro caso, no cabe determinar como dies a quo la fecha de suscripción de los bonos de 2009, sin que exista prueba alguna que justifique que el Sr. Lazcano Flores y la Sra. Ureña fueran conscientes de su error al prestar el consentimiento al continuar percibiendo rendimientos del producto y sin que de la información fiscal facilitada por la entidad para la elaboración de los correspondientes impuestos pudiera deducirse la información necesaria para conocer los verdaderos riesgos del producto. Ni siquiera en la fecha del canje de los bonos iniciales por los suscritos en mayo de 2012 puede ser tenida en cuenta a los efectos de la caducidad estudiada, sin que la información proporcionada por el banco en esa fecha respondiera a la verdadera situación económica que atravesaba la entidad. No es sino en diciembre de 2015 (doc. 13 de la demanda) cuando se produce la liquidación automática del producto con la conversión en acciones de los títulos, suponiendo el canje la pérdida del 80% del capital invertido.

Por tanto, la excepción ha de desestimarse al presentarse la demanda el 24 de febrero de 2016 sin que hubiera transcurrido el plazo legalmente previsto de caducidad según lo expuesto.

TERCERO.- La acción principal ejercitada por el Sr. [redacted] y la Sra. [redacted] es la de nulidad. Si bien, cabe apreciar que en la suscripción de los bonos intervinieron los elementos esenciales de todo contrato, consentimiento, objeto y causa (art. 1261 C. Civil). Como se recoge en la demanda, la acción ejercitada por los demandantes se sustenta en el error que la información facilitada por la entidad determinó la prestación del consentimiento. Por tanto, nos encontramos ante la acción subsidiaria de anulabilidad por vicio del consentimiento prestado por error.

En este punto, cabe recordar que para que el error, como vicio de la voluntad negocial sea invalidante del consentimiento (art. 1265 C.C.) es preciso, por un lado, que sea sustancial o esencial y, por otro lado, que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2004 resume la doctrina jurisprudencial sobre la materia y reproduce la de 24 de enero de 2003 según la cual "...de acuerdo con la doctrina de esta Sala, para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento, así lo entienden las sentencias de 14 y 18 de febrero de 1994, 6 de noviembre de 1996 y 30 de septiembre de 1999, señalándose en la penúltima de las citadas que "la doctrina y la jurisprudencia viene reiteradamente exigiendo que el error alegado no sea inexcusable, habiéndose pronunciado por su inadmisión, si este recae sobre las condiciones jurídicas de la cosa y en el contrato intervino un letrado, o se hubiera podido evitar el error con una normal diligencia".

Solo el error es esencial cuando recae sobre la cualidad que determinó la celebración del contrato, es excusable cuando no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media teniendo en cuenta la condición de las personas, es irrelevante cuando no ha tenido relevancia causal de forma que se rechaza como remedio para poner fin a un mal negocio o porque se haya producido el fracaso de la expectativa contractual. La excusabilidad implica que puedan trasladarse sobre el otro contratante las consecuencias del error que debe versar sobre las cualidades o condiciones existentes al tiempo del consentimiento. Uno de los motivos por los que suele apreciarse la excusabilidad del error es cuando la parte no afectada por el mismo estaba obligada legalmente a suministrar determinada información y no lo hace o lo hace de modo inadecuado lo que determina que se impute el error a quien hubiera tenido la posibilidad de eliminarlo a menor coste.

CUARTO.- La demanda se fundamenta en el ejercicio de la **acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento prestado por error** al suscribir los bonos, debido a la defectuosa información facilitada por la entidad para conocer la verdadera naturaleza y riesgos del producto.

En este punto cabe aclarar que las órdenes de suscripción y adquisición por canje de Bonos de octubre de 2009 y mayo de 2012 han de considerarse como integrantes de una única relación contractual y por ello mismo un único objeto de la acción de nulidad ejercitada, fundamentándolo en los siguientes razonamientos: a) Los Bonos correspondientes a la Emisión II/2012 fueron adquiridos por canje de los Bonos adquiridos de la Emisión I/2009, no tratándose pues de dos adquisiciones diferentes; b) En el tríptico-resumen de la Emisión de Bonos II/2012 se especifica que la oferta iba dirigida principalmente, al menos de manera parcial, a los titulares de los Bonos de la Emisión I/2009; c) Las diferencias habidas entre los Bonos de una y otra emisión se circunscriben a elementos tales como la fecha del vencimiento, la relación de conversión en acciones y el importe de los rendimientos, sin afectar a la naturaleza jurídica y económica del valor; d) En caso de apreciar la existencia de error, la circunscripción de la declaración de nulidad a la orden de recompra de Bonos de la Emisión II/2012 supondría eximir al demandante de la obligación de restituir los rendimientos percibidos entre octubre de 2009 y mayo de 2012 generando una sobrecompensación a su favor, a pesar de que las circunstancias determinantes del vicio contractual ya se hallaban presentes al tiempo de firmar la primera orden.

QUINTO.- En el análisis de la concurrencia de los requisitos de esencialidad y excusabilidad del error del contratante cobra singular relevancia la motivación de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 411/2016 de 17 de junio de 2016 resolutoria de recurso de casación, donde se entra a valorar el ejercicio de una acción de nulidad de bonos obligatoriamente convertibles en acciones de Banco Popular Español, explicando la naturaleza del producto:

CUARTO.- Decisión de la Sala: 1.- Los bonos necesariamente convertibles son activos de inversión que se convierten en acciones automáticamente en una fecha determinada, y por tanto, el poseedor de estos bonos no tiene la opción, sino la seguridad, de que recibirá acciones en la fecha de intercambio. A su vencimiento, el inversor recibe un número prefijado de acciones, a un precio determinado, por lo

que no tiene la protección contra bajadas del precio de la acción que ofrecen los convertibles tradicionales. Los bonos necesariamente convertibles ofrecen al inversor sólo una parte de la futura subida potencial de la acción a cambio de un cupón prefijado, y exponen al inversor a parte o a toda la bajada de la acción. Por ello, estos instrumentos están más cercanos al capital que a la deuda del emisor; y suelen tener, como ocurre en el caso litigioso, carácter subordinado.

2.- Según la clasificación de los productos financieros realizada por el art. 79 bis 8 a) LMV (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), son productos no complejos, los que cumplan todas y cada una de las siguientes cuatro características: a) que sean reembolsables en cualquier momento a precios conocidos por el público; b) que el inversor no pueda perder un importe superior a su coste de adquisición, es decir, a lo que invirtió inicialmente; c) que exista información pública, completa y comprensible para el inversor minorista, sobre las características del producto; y d) que no sean productos derivados. Sensu contrario, son productos o instrumentos financieros complejos los que no cumplen con todas o alguna de las características anteriores. Los productos complejos pueden suponer mayor riesgo para el inversor, suelen tener menor liquidez (en ocasiones no es posible conocer su valor en un momento determinado) y, en definitiva, es más difícil entender tanto sus características como el riesgo que llevan asociado.

El propio art. 79 bis 8 a) LMV parte de dicha diferenciación y considera los bonos necesariamente convertibles en acciones como productos complejos, por no estar incluidos en las excepciones previstas en el mismo precepto (así lo estima también la CNMV en la Guía sobre catalogación de los instrumentos financieros como complejos o no complejos).

3.- Pero es que, además, si tenemos en cuenta que los bonos necesariamente convertibles en acciones del Banco Popular son un producto financiero mediante el cual y, a través de distintas etapas, hasta llegar a la conversión en acciones ordinarias de esa misma entidad, el banco se recapitaliza, siendo su principal característica que al inicio otorgan un interés fijo, mientras dura el bono, pero después, cuando el inversor se convierte en accionista del banco, la aportación adquiere las características de una inversión de renta variable, con el consiguiente riesgo de pérdida del capital invertido; es claro que se trata de un producto no solo complejo, sino también arriesgado. Lo que obliga a la entidad financiera que los comercializa a suministrar al inversor minorista una información especialmente cuidadosa, de manera que le quede claro que, a pesar de que en un primer momento su aportación de dinero tiene similitud con un depósito remunerado a tipo fijo, a la postre implica la adquisición obligatoria del capital del banco y, por tanto, puede suponer la pérdida de la inversión.

4.- Como consecuencia de lo cual, este segundo motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

QUINTO.- (...)

SEXTO.- (...) 3.- El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona

expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración.

4.- En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en las citadas sentencias núm. 840/2013 de 20 de enero de 2014, y núm. 769/2014 de 12 de enero, entre otras.

SÉPTIMO.- 1.- La normativa del mercado de valores _básicamente el art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE de 10 de mayo sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero_ da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que

tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de beneficios si se producen determinadas circunstancias en el mercado), irrelevantes, como tales, para la apreciación del error vicio. La trascendencia que la normativa reguladora del mercado de valores reconoce a la información sobre los riesgos aparejados a la inversión, al exigir una información completa y comprensible sobre tal cuestión, muestra su relación directa con la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

2.- En el caso concreto de los bonos necesariamente convertibles en acciones, el riesgo no deriva de la falta de liquidez, puesto que al vencimiento el inversor recibirá unas acciones que cotizan en un mercado secundario; sino que dependerá de que las acciones recibidas tengan o no un valor de cotización bursátil equivalente al capital invertido. En consecuencia, para que el inversor pueda valorar correctamente el riesgo de su inversión, deberá ser informado del procedimiento que se va a seguir para calcular el número de acciones que recibirá en la fecha estipulada para la conversión y si este número de acciones se calculase con arreglo a su precio de cotización bursátil, el momento que servirá de referencia para fijar su valor, si es que éste no coincide con el momento de la conversión. Cuando con arreglo a las condiciones de una emisión de obligaciones necesariamente convertibles en acciones, no coincida el momento de la conversión en acciones con el momento en que han de ser valoradas éstas para determinar el número de las que se entregarán a cada inversor, recae sobre los inversores el riesgo de depreciación de las acciones de la entidad entre ambos momentos.

3.- El quid de la información no está en lo que suceda a partir del canje, puesto que cualquier inversor conoce que el valor de las acciones que cotizan en bolsa puede oscilar al alza o a la baja. Sino en lo que sucede antes del canje, es decir, que al inversor le quede claro que las acciones que va a recibir no tienen por qué tener un valor necesariamente equivalente al precio al que compró los bonos, sino que pueden tener un valor bursátil inferior, en cuyo caso habrá perdido, ya en la fecha del canje, todo o parte de la inversión.

Dado que, como consecuencia del canje, el inversor en obligaciones convertibles obtendrá acciones, podrá ser consciente, con independencia de su perfil o de su experiencia, de que, a partir de dicho canje, su inversión conlleva un riesgo de pérdidas, en función de la fluctuación de la cotización de tales acciones. Desde ese punto de vista, no resultaría relevante el error que haya consistido en una frustración de las expectativas del inversor sobre la evolución posterior del precio de las acciones recibidas. Sino que el error relevante ha de consistir en el desconocimiento de la dinámica o desenvolvimiento del producto ofrecido, tal y como ha sido diseñado en las condiciones de la emisión y, en particular, en el desconocimiento de las condiciones de la determinación del precio por el que se

valorarán las acciones que se cambiarán, puesto que, según cual sea este precio, se recibirá más o menos capital en acciones. Es decir, la empresa que presta el servicio de inversión debe informar al cliente de las condiciones de la conversión en acciones de las que deriva el riesgo de pérdidas al realizarse el canje. El mero hecho de entregar un tríptico resumen del producto en el que se haga referencia a la fecha de valoración de las acciones no basta por sí mismo para dar por cumplida esta obligación de informar sobre el riesgo de pérdidas.

4.- Las sentencias de esta Sala núm. 460/2014, de 10 de septiembre, y núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015 declararon que, en este tipo de contratos, la empresa que presta servicios de inversión tiene el deber de informar, y de hacerlo con suficiente antelación, conforme al art. 11 de la Directiva 1993/22/CEE de 10 de mayo sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, el art. 79 bis LMV y el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto, y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que el cliente adquirió los bonos u obligaciones convertibles porque les fueron ofrecidos por empleados del Banco Popular. Como dijimos en la sentencia núm. 102/2016, de 25 de febrero, **para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición.**

5.- En este caso, conforme a lo declarado probado por la sentencia recurrida, no consta que hubiera esa información previa, y ni siquiera la información que aparecía en la orden de compra del producto, prerredactada por la entidad financiera, era adecuada, puesto que no se explicaba cuál era su naturaleza, ni los riesgos que se asumían en función de la fecha de conversión. Según dijimos en las ya citadas sentencias de Pleno núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, 460/2014 de 10 de septiembre, y 769/2014 de 12 de enero de 2015, **el incumplimiento por las empresas que operan en los mercados de valores de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes puede incidir en la apreciación del error, y más concretamente en su carácter excusable.**

En consecuencia, el incumplimiento por la recurrente del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba.

Además, como también hemos declarado en las sentencias antes citadas, **para la entidad de servicios de inversión la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de**

CELTIBERICA
ABOGADOS

CIF: B-86747672

facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. El hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en clientes expertos.

CELTIBERICA
ABOGADOS

CIF: B-86747672

En sentido similar a la Sentencia del Tribunal Supremo cabe citar las *SSAP de Illes Balears secc. 5ª n° 222/2017 de 20 jul. 2017, Palencia n° 190/2017 de 7 jul. 2017, Cantabria secc. 4ª n° 190/2017 de 7 Jul. 2017 267/2017 de 17 may. 2017, Illes Balears secc. 3ª n° 173/2017 de 8 jun. 2017, Pontevedra secc. 6ª n° 160/2017 de 3 abr. 2017 y Madrid secc. 71ª n° 328/2016 de 21 jul. 2016.*

SEXTO.- Teniendo en cuenta lo expuesto en el fundamento anterior, del conjunto de pruebas practicadas documental y testifical de los empleados de la entidad identificados por ambas partes, Sr. Romero y Sra. Huerta, se extrae que los bonos I/2009 y II/2012 eran productos financieros complejos cuyo nivel de riesgos no resultaba evidente para clientes no familiarizados con este tipo de productos de inversión, y que fueron ofrecidos al Sr. Lazcano y a la Sra. Ureña sin haber quedado acreditado que dispusieran de conocimientos financieros suficientes. La entidad demandada no ha aportado prueba alguna de que los empleados emplearan la diligencia debida en el cumplimiento del deber de información, a fin de que los clientes tomaran plena conciencia de los potenciales beneficios y riesgo de pérdidas del producto.

En cuanto a **la naturaleza económica de los Bonos**, en el documento de “Información sobre la naturaleza y riesgos de los Bonos” la entidad Banco Popular Español S.A. califica a los Bonos como producto financiero complejo según la clasificación de Mifid, que obligaba a la entidad de crédito a adoptar deberes reforzados de información enumerados en el Artículo 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores vigente al tiempo de formalización de los contratos (actual art. 217 del Texto refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre).

Los Bonos subordinados convertibles en acciones presentan una naturaleza mixta, distinguiéndose un primer periodo hasta la fecha del canje voluntario u obligatorio en que el suscriptor percibe rendimientos periódicos en función de un tipo de interés o diferencial de manera similar a los intereses devengados por los valores de renta fija, y un segundo periodo a partir del momento del canje en que se hace entrega al suscriptor de un determinado número de acciones a cambio de los Bonos, convirtiéndose pues en un valor de renta variable. La obtención de rentas periódicas al inicio de la vida del contrato, de manera similar a los valores de renta fija cuyos efectos económicos sí son conocidos por la amplia mayoría de los usuarios de banca, es susceptible de generar confusión acerca de la naturaleza dual del contrato.

El documento de Información enumera cuatro tipos distintos de **riesgo** que caracterizan a los Bonos subordinados convertibles: el riesgo de liquidez, el riesgo de mercado, el riesgo de no percepción de las remuneraciones, y el riesgo de la posibilidad de descensos en la cotización de las acciones. No obstante, en la extractada STS nº 411/2016 se señala un factor de riesgo adicional no explicitado en el documento, cual es el menor valor de cotización bursátil de las acciones entregadas frente al precio de conversión de los Bonos.

Según la Emisión de Bonos I/2009 *“el precio de conversión en acciones sería el máximo entre 5,84 euros por acción y el 110% del mayor entre la media de los precios medios ponderados durante los 5 días hábiles bursátiles posteriores a la fecha del desembolso y la media de los precios medios ponderados durante los 15 días hábiles bursátiles anteriores a la fecha del desembolso”*. Es decir, que el cliente habría de soportar el perjuicio patrimonial derivado de canjear los Bonos a 5,84 euros por acción en caso de que el precio de mercado de las acciones fuese inferior a la fecha del vencimiento 25 de noviembre de 2013, pero a la inversa se vería obligado a canjear los Bonos a precio de mercado más un 10% de prima para el caso de que éste fuese superior al precio de conversión prefijado. En la Emisión de Bonos II/2015 se fijó un precio de conversión a la fecha del vencimiento que superaba al precio de mercado existente al tiempo de emitirse los Bonos de modo tal que el riesgo soportado por los suscriptores excedía sensiblemente al riesgo de la entidad de crédito.

Las **órdenes de suscripción** firmadas inicialmente sólo por el demandante no contienen la **denominación** completa de “Bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones de Banco Popular Español S.A.” sino unas denominaciones abreviadas acompañadas del código numérico de la Emisión *“BO. POPULAR CAPITAL CONV. V. 2013 ISIN ES0370412001”* y *“BO.SUB.OB.CONV.POPULAR V.11-15 ISIN ES0313790059”* (docs. 4 y 5 de la demanda). Estas denominaciones carecen por sí solas de significado y no permiten al suscriptor conocer la naturaleza jurídica y económica de los Bonos de su simple lectura, quedando pendientes pues de la información que le haya sido suministrada con anterioridad. Asimismo, en los recibos de abono de rentas periódicas los Bonos aparecen únicamente designados por su denominación abreviada.

En cuanto al **perfil de los clientes**. Ni se ha demostrado que el Sr. Lazcano ni Sra. Ureña dispusieran de especiales conocimientos financieros ni por su cualificación académica ni profesional, contando con una edad avanzada en el momento de la inicial inversión. El hecho de contar con otros productos bancarios, principalmente acciones, no significa sin más que conocieran y entendieran los riesgos asociados a los bonos que nos ocupan, alejados de la naturaleza de las acciones aunque finalmente se convirtieran en ellas. La mecánica de funcionamiento de los bonos es lo determinante en orden a comprobar si los demandantes supieron los riesgos que asumían al invertir en los bonos. El test de conveniencia aportado por la demandada y firmado tan sólo por el Sr. Lazcano, no es sino un documento más de los presentados para la suscripción, sin que se practicara a su esposa, conteniendo numerosos tecnicismos y cumplimentándose por ordenador, lo que hace dudar que se hicieran las preguntas al cliente.

El testigo Sr. Romero, empleado de la sucursal en la que operaban los demandantes, manifestó que no intervino en la suscripción de las órdenes de inversión en bonos, ocupándose desde 2014 de la relación con los clientes. Por tanto, no pudo aportar dato alguno sobre la información precontractual y postcontractual que pudo trasladarse a los demandantes sobre la naturaleza del producto.

La Sra. Huerta, interventora de la sucursal a la que acudían los demandantes, tampoco intervino en la contratación inicial de 2009, recordando que habló con el Sr. Lazcano en 2012 sobre la prórroga ofrecida por el banco ante el vencimiento inicialmente previsto en 2013 y ante la situación de la acción en esa fecha. Y ello teniendo en cuenta que la propia empleada contaba con bonos de la misma emisión, añadiendo de manera significativa que nadie preveía la situación que atravesaría el banco sin poder aclarar si el riesgo de perder la práctica totalidad de la inversión era trasladado a los clientes a los efectos de decidir libremente la suscripción de 2009 y la posterior de 2012

La entidad demandada no propuso el interrogatorio de los demandantes pese a mantener que el banco les informó debidamente de todos los riesgos y pormenores del producto.

El hecho de que en el canje de 2012 se ofreciera una rentabilidad superior no significa que los demandantes tuvieran que conocer sin más explicación los riesgos que llevaba aparejado el producto para su inversión, cuestión que se aplica igualmente a la suscripción de 2009.

Los **trípticos-resumen** de las emisiones de 2009 y 2012 contienen una información completa acerca de todos los caracteres esenciales de los Bonos, si bien la exposición de los riesgos inherentes a la operación adolece de cierta falta de claridad motivado por el carácter marcadamente técnico del lenguaje empleado, la profusión de datos, y la ausencia de elementos tipográficos que otorgaran una mayor relevancia a la información sobre los riesgos. El documento denominado "*Información sobre la Naturaleza y Riesgos de los Bonos Subordinados Obligatoriamente Convertibles*" aportado por la demandada y el folleto sobre la emisión II/2012 son muy similares, sólo presentan algunas diferencias no sustanciales relativas a la fecha de vencimiento, fechas de canje voluntario, remuneraciones y precio de conversión en acciones. Aparte, el documento "*Información sobre los Productos Financieros Ofrecidos por Banco Popular*" generaba un evidente riesgo de confusión en clientes meramente familiarizados en productos no complejos, ya que en dicho documento no se contenía una explicación del funcionamiento y riesgos de los Bonos subordinados necesariamente convertibles en acciones y sí de los valores de renta fija incluyéndose dentro de esta categoría a las "*Letras del Tesoro, los Bonos, las Obligaciones, los Pagarés de Empresa, las Cédulas Hipotecarias y las Titulizaciones*", sin poner a la vez de relieve que los "Bonos" y los "Bonos subordinados convertibles" constituyen dos modalidades de inversión con denominación parecida pero diferente régimen jurídico y económico.

A mayor abundamiento, no consta la aportación de ningún tipo de información en relación a la eventual aplicación de los mecanismos antidilución, y la posibilidad de que la conversión de los Bonos en acciones no fuese de aproximadamente 3 euros sino de 17,62 euros, lo que supondría un descenso drástico del valor patrimonial de la inversión.

Se niega por BANCO POPOULAR la existencia de una labor de asesoramiento. El Artículo 72 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero señala que cuando la empresa de servicios de inversión preste al cliente un servicio de asesoramiento y de gestión de carteras no basta con efectuar una "evaluación de conveniencia", debiendo además efectuarse una "evaluación de idoneidad", obteniendo los datos esenciales de sus clientes a fin de disponer de una base razonable para pensar que los riesgos de inversión de la transacción efectuada sean coherentes con los objetivos de inversión perseguidos por el cliente. Tal y como se recoge en la extractada STS nº 411/2016 para la prestación de la labor de asesoramiento "no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado ad hoc (...), basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición".

Son múltiples los elementos indiciarios de que los Bonos subordinados fueron un producto ofrecido por los empleados de la entidad bancaria, y no solicitado expresamente por el Sr.] se trata de Bonos emitidos por una sociedad filial de Banco Popular Español S.A., no consta que el cliente hubiera contratado con anterioridad ningún otro producto financiero complejo, y los Bonos subordinados ni siquiera se encontraban descritos en el documento "Información sobre los Productos Financieros Ofrecidos por Banco Popular". Si bien no consta que se realizara test de idoneidad y cabe dudar de las condiciones en que se practicó el test de conveniencia y tan sólo a uno de los demandantes.

La conclusión a todo lo expuesto es la nulidad de las órdenes de suscripción de los bonos y del posterior canje así como de las operaciones derivadas de los mismos, al cumplirse los requisitos expuestos para considerar que el consentimiento prestado por el demandante estaba viciado por el error.

SÉPTIMO.- El Artículo 1303 del Código Civil establece: "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes". Esta restitución recíproca alcanza tanto al importe invertido en los bonos (50.000 euros) a devolver por la entidad más el interés legal desde su inversión, como a las rentabilidades obtenidas por los demandantes con sus intereses legales desde la fecha de sus respectivas percepciones, debiendo reintegrar las acciones que puedan tener en su poder como consecuencia de la conversión operada.

La declaración de nulidad genera efectos retroactivos *ex tunc*, a fin de que las partes alcancen la situación patrimonial anterior al efecto invalidante.

OCTAVO.- Las costas causadas en esta instancia se imponen a la parte demandada al estimarse las pretensiones de la actora (art. 394 LEC).

FALLO

Estimo la demanda presentada por la Procuradora [redacted], en representación de [redacted] y [redacted] frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL S.A. y declaro la nulidad de las órdenes de suscripción de bonos I/2009 y de las operaciones derivadas de la misma, en concreto la suscripción de bonos de la

emisión II/2012 así como las operaciones derivadas de los mismos, debiendo restituir a los demandantes el importe invertido de cincuenta mil euros (50.000 euros), más el interés legal desde la fecha de la inversión y restituyendo el [redacted] rendimientos obtenidos más los intereses brutos de los mismos desde sus respectivos cobros así como las acciones que pueda tener en su poder. La diferencia resultante de tal operación devengará el interés procesal previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde el dictado de esta resolución. Todo ello con imposición a la demandada de las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra esta resolución cabe la interposición de recurso de apelación del que conocerá, en su caso, la Audiencia Provincial de Madrid.

Así por esta sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo acuerdo, mando y firmo, [redacted], Magistrada del Juzgado de Primera Instancia 64 de Madrid.

DILIGENCIA.- En Madrid, a uno de octubre de 2018. La extiendo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que, en el día de la fecha es firmada y entregada a la Oficina judicial por la Magistrada que la suscribe, la anterior sentencia, y que se pasa a dejar en autos certificación literal de la misma, llevando el original al libro de sentencias, procediendo seguidamente a su notificación a las partes. Doy fe.

La Letrada de la Administración de Justicia

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

